

În conformitate cu prevederile art. 14 alin. (2) și ale art. 27 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 privind remediile și căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziție publică, a contractelor sectoriale și a contractelor de concesiune de lucrări și concesiune de servicii, precum și pentru organizarea și funcționarea Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE

Nr. 1197/C3/1348

Data: 10.06.2022

Prin contestația înregistrată la CNSC sub nr. 28369 din 06.06.2022, înaintată de S.R.L., cu sediul în, județul, înmatriculată în registrul comerțului sub nr., având CUI, reprezentată prin, cu sediul în, județul (sediul ales pentru comunicarea actelor de procedură), formulată împotriva raportului procedurii de atribuire nr. 25922/25.05.2022 emis de autoritatea contractantă, cu sediul în, județul, în procedura simplificată organizată în vederea încheierii unui „ACORD-CADRU FURNIZARE ALIMENTE DE BAZĂ”, inițiată cu anunțul de participare simplificat nr. SCN1106141 din data de 03.05.2022, s-a solicitat

În luarea deciziei, CNSC, legal investit, a avut în vedere următoarele:

Prin contestația înregistrată la CNSC sub nr. 28369 din 06.06.2022, ... S.R.L. atacă raportul procedurii de atribuire nr. 25922/25.05.2022 întocmit de, prin care oferta sa a fost respinsă, ca inacceptabilă, pentru simpla existență a două documente constatatoare negative, declarate în DUAE, dintre care unul chiar a fost retras de către autoritatea emitentă, pe perioada contestării.

Contestatoarea susține că societatea sa, furnizor, și autoritatea contractantă, ... au derulat mai multe contracte de aprovizionare cu diverse mărfuri, fără probleme. De asemenea, autoritatea contractantă face achiziții directe de la societatea sa, prin urmare cunoaște foarte bine, atât capacitatea tehnico-financiară, cât și seriozitatea sa în derularea contractelor de achiziții publice (depunând, în susținere, ultimele 3 acorduri-cadru desfășurate sau aflate în desfășurare).

Contestatoarea arată că autoritatea contractantă a concluzionat, pe baza celor două documente constatatoare, fără să facă niciun fel de alte verificări, că se impune excluderea sa în temeiul art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016, care sancționează abaterile repetate sau grave ce

au provocat prejudicii unor autorități contractante. De asemenea, întrucât era singurul participant ce a depus ofertă financiară, procedura a fost anulată.

Contestatoarea consideră nelegală și netemeinică decizia autorității contractate, având în vedere că simpla existență a unor documente constatatoare negative, pe numele său, nu conduce automat la excluderea din procedurile de achiziții, acest lucru fiind arătat de art. 171 din Legea nr. 98/2016.

Astfel, legiuitorul a statuat că orice operator economic, aflat într-una din situațiile de excludere, arătate la art. 167 din Legea nr. 98/2016, poate furniza dovezi că a luat măsuri pentru ca situația ce a generat sancționarea să nu se mai repete.

Prin adresa nr. 28042/07.06.2022, înregistrată la CNSC sub nr. 28612/07.06.2022, autoritatea contractantă a transmis punctul de vedere la contestația înaintată de S.R.L., solicitând respingerea acesteia și menținerea raportului procedurii nr. 25922/25.05.2022.

Autoritatea contractantă susține că urmare a evaluării, oferta depusă de SC S.R.L. a fost declarată inacceptabilă și a fost respinsă, conform prevederilor art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016, iar în conformitate cu prevederile art. 212 alin. (1) lit. a) din aceeași lege, procedura din speță a fost anulată.

De asemenea, autoritatea contractantă arată că, în DUAЕ depus de SC S.R.L., operatorul economic a declarat, la paragraful C „Motive legate de insolvență, conflict de interese sau abateri profesionale - Încetare anticipată, daune-interese sau alte sancțiuni comparabile” două documente constatatoare negative:

- Documentul constatator nr. 133/04.01.2022, emis de, document contestat la Tribunalul Argeș și anulat de autoritatea contractantă în SEAP, până la pronunțarea de către instanța de judecată competentă a unei hotărâri judecătorești;

- Documentul constatator nr. 339/10.01.2022, emis de, deoarece contractul subsecvent de furnizare nr. 35290/14.05.2021 la acordul-cadru nr. 35287/14.05.2021 privind furnizarea de produse alimentare a fost reziliat parțial, în mod unilateral, pentru lotul 2 - Conserve din pește 120-170 gr., motivat de faptul că produsul conserve din pește 120-170 gr. (Sardine în sos tomat) nu îndeplinea criteriile de calitate, respectiv nu respecta specificațiile tehnice prevăzute în caietul de sarcini.

Astfel, urmare a evaluării și analizării conținutului Documentului constatator nr. 339/10.01.2022, emis de, comisia de evaluare a declarat inacceptabilă oferta depusă de SC S.R.L. și, în conformitate cu prevederile art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016, a exclus din procedura de atribuire operatorul economic.

Referitor la susținerile contestatoarei, în ceea ce privește neaplicarea dispozițiilor art. 171 alin. (1) din Legea nr. 98/2016,

autoritatea contractantă subliniază că, în conformitate cu prevederile alin. (3) ale articolului menționat, dovezile pe care operatorul economic aflat în oricare dintre situațiile prevăzute la art. 164 și 167 le poate furniza autorității contractante, în sensul prevederilor alin. (1), se referă *"la efectuarea de către operatorul economic a plății sau la asumarea de către operatorul economic a obligației de plată a despăgubirilor în ceea ce privește eventualele prejudicii cauzate printr-o infracțiune sau printr-o altă faptă ilicită, clarificarea de către operatorul economic în mod complet a faptelor și împrejurărilor în care a fost comisă infracțiunea sau altă faptă ilicită, prin cooperarea activă cu autoritățile care efectuează investigația, și la adoptarea de către operatorul economic a unor măsuri concrete adecvate la nivel tehnic, organizațional în materie de personal, cum ar fi eliminarea legăturilor cu persoanele și organizațiile implicate în comportamentul necorespunzător, măsuri de reorganizare a personalului, implementarea unor sisteme de control și raportare, crearea unei structuri de audit intern pentru verificarea respectării dispozițiilor legale și a altor norme sau adoptarea unor reguli interne privind răspunderea și plata despăgubirilor, pentru a preveni săvârșirea unor noi infracțiuni sau alte fapte ilicite"*.

Sub aspectul incidenței dispozițiilor art. 171 din Legea nr. 98/2016, autoritatea contractantă susține că nu au fost aplicabile și determinante, în ceea ce privește hotărârea comisiei de evaluare, aceasta procedând la anularea procedurii de atribuire în temeiul prevederilor art. 212 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 98/2016, în contextul existenței unui document constatatator negativ.

În continuare, autoritatea contractantă menționează că documentul constatatator nr. 339/10.01.2022, emis de, atestă în mod indubitabil că operatorul economic SC S.R.L. și-a încălcat în mod grav obligațiile principale ce-i reveneau în cadrul contractului subsecvent de furnizare nr. 35290/14.05.2021, la acordul-cadru nr. 35287/14.05.2021 privind furnizarea de produse alimentare.

Această conduită contractuală a determinat autoritatea contractantă să rezilieze parțial acordul-cadru menționat, aspect ce reprezintă o încetare anticipată a unui contract în condițiile stipulate de art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016.

Autoritatea contractantă susține că neîndeplinirea corespunzătoare a obligațiilor contractuale în cadrul contractului subsecvent de furnizare nr. 35290/14.05.2021 la acordul-cadru nr. 35287/14.05.2021 privind furnizarea de produse alimentare sunt evidențiate de autoritatea contractantă în cuprinsul documentului constatatator nr. 339/10.01.2022, la pct. 7 - „Motivații”.

Astfel, autoritatea contractantă a formulat, pe perioada de derulare a acordului-cadru nr. 35287/14.05.2021, un număr de cinci notificări (nr. 37211/03.06.2021, nr. 37225/24.06.2021, nr. 37255/20.07.2021, nr. 37305/08.09.2021, nr. 37318/15.09.2021) privind respingerea, din

punct de vedere calitativ, a produsului conserve din pește în sos tomat, deoarece produsul livrat nu corespundea cu specificațiile tehnice prevăzute în caietul de sarcini.

Notificările menționate demonstrează că operatorul economic SC S.R.L. nu și-a îndeplinit în mod repetat obligațiile contractuale, ceea ce echivalează cu încălcarea în mod grav a obligațiilor principale ce-i revineau.

În același document constatat sunt menționate prejudiciile care au fost aduse: - „livrarea produsului Conserve din peste 120-170 gr., care nu a corespuns cu specificațiile tehnice din caietul de sarcini, a perturbat procesul de hrănire al elevilor școlii, nefiind posibilă hrănirea elevilor conform normelor în vigoare”;

- „penalități de întârziere în sumă de 10,70 lei”.

În ceea ce privește raporturile contractuale, invocate ca mijloace de probă de către contestatoare, existente între SC S.R.L. și , autoritatea contractantă susține că acestea s-au derulat anterior emiterii documentului constatat negativ menționat, iar operatorul economic a fost desemnat câștigător, ca urmare aplicării criteriului de atribuire „prețul cel mai scăzut”.

De asemenea, evidențiază autoritatea contractantă că, pe parcursul relației contractuale existente între SC S.R.L. și (anul 2018), operatorul economic a avut o conduită contractuală similară cu cea pentru care s-a emis documentul constatat nr. 339/10.01.2022, motiv pentru care, pentru neîndeplinirea obligațiilor contractuale, ca urmare a rezilierii unui acord-cadru, ... a emis document constatat negativ.

Față de susținerile părților și de documentele depuse la dosarul cauzei, CNSC reține cele ce urmează:

Autoritatea contractantă a inițiat, în 03.05.2022, o procedură simplificată în vederea încheierii unui „ACORD-CADRU FURNIZARE ALIMENTE DE BAZĂ”, prin publicarea în SEAP a anunțului de participare simplificat nr. SCN1106141.

Nemulțumită de respingerea ofertei sale din procedură și de anularea procedurii de atribuire, ... S.R.L. a formulat contestația de față, solicitând anularea actului atacat și obligarea autorității contractante la reluarea procedurii, aplicând prevederile art. 171 din Legea nr. 98/2016.

Preliminar, Consiliul constată că, pentru a îndeplini obligația stabilită la art. 611 alin. (1) și (2) din Legea nr. 101/2016, ... S.R.L. a înaintat recipisa de consemnare a cauțiunii nr. 208105906/1, în valoare de 440 lei, emisă de CEC BANK – SUCURSALA, la data de 08.06.2022.

Asupra aspectelor sesizate de reclamantă, CNSC ia act că rezultatul evaluării ofertei a fost stabilit de autoritatea organizatoare prin raportul procedurii de atribuire nr. 25922/25.05.2022, rezultat comunicat

S.R.L. în aceeași zi. La 02.06.2022, ... S.R.L. a reacționat prin formularea contestației la Consiliu și la achizitoare, în interiorul termenului de contestare prescris de art. 8 alin. (1) lit. b), citit împreună cu art. 5 din Legea nr. 101/2016. Motivele respingerii ofertei sunt consemnate în raportul invocat și reluate în comunicarea nr. 25922/25.05.2022, după cum urmează: "Prin prezenta vă facem cunoscut că în urma evaluării ofertelor în cadrul procedurii de atribuire a acordului-cadru [...], că oferta dvs. a fost declarată inacceptabilă și a fost respinsă conform art. 167, alin. 1, lit. g) din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice: „operatorul economic și-a încălcat în mod grav sau repetat obligațiile principale ce-i reveneau în cadrul unui contract de achiziții publice, al unui contract sectorial sau al unui contract de concesiune încheiate anterior, iar aceste încălcări au dus la încetarea anticipată a respectivului contract, plata de daune-interese sau alte sancțiuni comparabile", procedura fiind anulată conform art. 212 alin. 1 lit. a din Legea nr. 98/2016".

Această comunicare nu este suficient de completă pentru a asigura societatea destinatară asupra motivelor concrete care au dus la respingerea ofertei sale, întrucât nu precizează niciun document constatat avut în vedere de către autoritatea contractantă și nici care dintre multiplele ipoteze de la art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016 este aplicabilă în situația ofertantei. În consecință, neîndeplinind condițiile de motivare concretă de la art. 215 alin. (2) lit. b) din Legea nr. 98/2016, comunicarea nr. 25922/25.05.2022 urmează a fi anulată de către CNSC.

Din consultarea procesului-verbal nr. 25922/25.05.2022 privind evaluarea garanției de participare, a informațiilor din DUAE și a documentelor care îl însoțesc, întocmit de comisia de evaluare, reiese că aceasta a respins oferta S.R.L. fără a recurge la solicitarea de clarificări din partea ofertantului asupra motivului de excludere identificat, respectiv fără a îi acorda posibilitatea de a furniza argumente și probe pentru combaterea lui. În speță, o asemenea solicitare se impunea, mai cu seamă prin prisma posibilității dovedirii adoptării de măsuri corective, posibilitate acordată de art. 171 din lege:

*"Art. 171. - (1) Orice operator economic aflat în oricare dintre situațiile prevăzute la art. 164 și 167 care atrag excluderea din procedura de atribuire **poate furniza dovezi care să arate că măsurile luate de acesta sunt suficiente pentru a-și demonstra în concret credibilitatea prin raportare la motivele de excludere.***

(2) În cazul în care autoritatea contractantă consideră dovezile prezentate de operatorul economic în conformitate cu prevederile alin. (1) ca fiind suficiente pentru demonstrarea în concret a credibilității, autoritatea contractantă nu exclude operatorul economic din procedura de atribuire.

(3) Dovezile pe care operatorul economic aflat în oricare dintre situațiile prevăzute la art. 164 și 167 le poate furniza autorității contractante, în sensul prevederilor alin. (1), se referă la efectuarea de către operatorul economic a plății sau la asumarea de către operatorul economic a obligației de plată a despăgubirilor în ceea ce privește eventualele prejudicii cauzate printr-o infracțiune sau printr-o altă faptă ilicită, clarificarea de către operatorul economic în mod complet a faptelor și împrejurărilor în care a fost comisă infracțiunea sau altă faptă ilicită, prin cooperarea activă cu autoritățile care efectuează investigația, și la adoptarea de către operatorul economic a unor măsuri concrete și adecvate la nivel tehnic, organizațional și în materie de personal, cum ar fi eliminarea legăturilor cu persoanele și organizațiile implicate în comportamentul necorespunzător, măsuri de reorganizare a personalului, implementarea unor sisteme de control și raportare, crearea unei structuri de audit intern pentru verificarea respectării dispozițiilor legale și a altor norme sau adoptarea unor reguli interne privind răspunderea și plata despăgubirilor, pentru a preveni săvârșirea unor noi infracțiuni sau alte fapte ilicite.

(3¹) Autoritatea contractantă evaluează măsurile luate de operatorii economici și dovedite în conformitate cu prevederile alin. (3), ținând seama de gravitatea și circumstanțele particulare ale infracțiunii sau abaterii avute în vedere.

(3²) În cazul în care măsurile prevăzute la alin. (3¹) sunt considerate insuficiente de către autoritatea contractantă, aceasta transmite operatorului economic o expunere a motivelor care au condus la luarea deciziei de excludere a acestuia din procedura de atribuire.

(4) În cazul în care operatorului economic i-a fost aplicată prin hotărâre definitivă a unei instanțe de judecată măsura interdicției de a participa la proceduri de atribuire a unui contract de achiziție publică/acord-cadru sau a unui contract de concesiune, care produce efecte în România, prevederile alin. (1) - (3) nu sunt aplicabile pe toată perioada de excludere stabilită prin respectiva hotărâre.

(5) În cazul în care operatorului economic nu i-a fost aplicată prin hotărâre definitivă a unei instanțe de judecată măsura interdicției de a participa la proceduri de atribuire a unui contract de achiziție publică/acord-cadru sau a unui contract de concesiune pentru o anumită perioadă, situațiile de excludere prevăzute la art. 164 și 167 nu se aplică:

a) dacă, în cazul faptelor prevăzute la art. 164, a expirat o perioadă de 5 ani de la data hotărârii definitive de condamnare;

b) dacă, în cazul situațiilor, faptelor sau evenimentelor prevăzute la art. 167, a expirat o perioadă de 3 ani de la data apariției situației, săvârșirii faptei sau producerii evenimentului relevant.”

..... a manifestat o atitudine lipsită de rol activ față de
S.R.L., căruia nu i-a acordat posibilitatea legală de a se apăra față de

motivul de excludere, mai cu seamă că nu se cunoaște, din procesul-verbal nr. 25922/25.05.2022, din raportul procedurii nr. 25922/25.05.2022 și din comunicarea nr. 25922/25.05.2022, dacă autoritatea a avut în vedere ambele documente constatatoare sau doar pe acela emis de

După cum s-a relevat și în jurisprudența Curții de Justiție a Uniunii Europene, ofertantul nu poate fi exclus din procedura de atribuire dacă reușește să dovedească, într-un mod satisfăcător pentru autoritatea contractantă, că măsurile corective adoptate îi restabilesc fiabilitatea. Statele membre sunt obligate să se conformeze principiului respectării dreptului la apărare, care, în calitate de principiu fundamental al dreptului Uniunii din care face parte integrantă dreptul de a fi ascultat în orice procedură, își găsește aplicarea în cazul în care administrația intenționează să adopte împotriva unei persoane un act cauzator de prejudicii, precum o decizie de excludere dintr-o procedură de atribuire (Hotărârea din 14 ianuarie 2021, RTS infra și Aannemingsbedrijf Norré-Behaegel, C-387/19, EU:C:2021:13). În sensul că statele membre ale Uniunii și, în special, autoritățile contractante trebuie să respecte nu numai principiile aplicabile achizițiilor enunțate la articolul 18 din Directiva 2014/24, printre care figurează în special principiile egalității de tratament, transparenței și proporționalității, ci și principiul respectării dreptului la apărare, care, în calitate de principiu fundamental al dreptului Uniunii din care face parte integrantă dreptul de a fi ascultat în orice procedură, își găsește aplicarea în cazul în care administrația intenționează să adopte împotriva unei persoane un act cauzator de prejudicii, precum o decizie de excludere adoptată în cadrul unei proceduri de achiziție, sunt și Hotărârea din 20 decembrie 2017, Prequ' Italia, C-276/16, EU:C:2017:1010, punctele 45 și 46, și Hotărârea din 3 iulie 2014, Kamino International Logistics și Datema Hellmann Worldwide

Logistics, C-129/13 și C-130/13, EU:C:2014:2041, punctul 28, precum și

jurisprudența acolo citată.

..... S.R.L. a încheiat mai multe acorduri-cadru și contracte de furnizare de conserve chiar cu (depuse la dosarul cauzei, în copie):

- acord-cadru nr. 12585/17.03.2021;
- contractul subsecvent nr. 21181/18.04.2022 la acordul-cadru nr. 54311/20.10.2021;
- contractul subsecvent nr. 26689/30.05.2022 la acordul-cadru nr. 54311/20.10.2021;
- contractul subsecvent nr. 10185/25.02.2022 la acordul-cadru nr. 12585/17.03.2021;

- contractul nr. 27492/03.06.2022, anunțul nr. ADV1294625.

Rezilierea parțială a contractului subsecvent cu, la care se referă autoritatea în punctul de vedere, poate reprezenta un episod izolat în activitatea operatorului economic, iar penalitățile de 10,70 lei sunt neglijabile. Nu este exclus ca S.R.L., între timp, să fi adoptat măsuri corective care să îi asigure desfășurarea corespunzătoare și în termen a relațiilor contractuale, elemente care revin spre competență verificare comisiei evaluatorii desemnate de direcția pârâtă. De bună seamă, conform art. 166 alin. (8) din H.G. nr. 395/2016, când ia decizia de respingere a unui ofertant, pe baza unui document constatator, comisia are obligația de a analiza dacă acesta reflectă îndeplinirea condițiilor cumulative prevăzute la art. 167 alin. (1) lit. g) din lege, obligație care nu apare a fi fost îndeplinită, din parcurgerea înscrisurilor întocmite de comisia direcției achizitoare.

Față de ansamblul considerentelor expuse, se reține că evaluarea ofertei S.R.L. s-a realizat în mod superficial și cu nerespectarea dispozițiilor legale în vigoare, în privința clarificării și verificării atente de către autoritatea achizitoare a incidenței tuturor cerințelor legale ale motivului de excludere și a demonstrării fiabilități operatorului economic care să îi permită, totuși, menținerea în competiție, sens în care desfășurarea achiziției urmează a fi continuată în mod legal. În lumina celor înfățișate, respingerea ofertei reclamantei nu poate fi validată de Consiliu, iar obiecțiile sale privind nelegalitatea respingerii se vădesc a fi fondate.

În baza art. 26 alin. (2) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va admite contestația S.R.L. nr. 28369 din 06.06.2022, în contradictoriu cu, va anula actul de respingere a ofertei societății și comunicarea către aceasta și va obliga autoritatea contractantă la clarificarea și reevaluarea ofertei, precum și la emiterea unui nou act de evaluare a acesteia, cu respectarea celor ce preced, a legislației privind achizițiile publice și a cerințelor din documentația de atribuire. În baza aceluiași temei legal, va obliga entitatea să comunice contestatoarei rezultatul reevaluării ofertei sale, cu respectarea legislației aplicabile. Implicit, este anulată și măsura anulării procedurii de atribuire.

Pentru aceste motive,
în baza legii și a mijloacelor de probă aflate la dosar,
CONSILIUL DECIDE:

Admite contestația S.R.L. nr. 28369 din 06.06.2022, în contradictoriu cu, și anulează raportul procedurii de atribuire nr. 25922/25.05.2022 și comunicarea nr. 25922/25.05.2022, precum și anularea procedurii de atribuire. Obligă autoritatea contractantă la clarificarea și reevaluarea ofertei, precum și la emiterea unui nou raport al procedurii de atribuire, cu respectarea celor consemnate mai sus, a

documentației de atribuire și a legislației privind achizițiile publice, în termen de cel mult douăzeci de zile de la data primirii prezentei decizii. După reevaluarea ofertei și aprobarea raportului procedurii, entitatea va comunica ofertantului rezultatul procedurii, potrivit legislației aplicabile.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți. Împotriva ei se poate formula plângere, în termen de zece zile.

PREȘEDINTE,

...

MEMBRU,

.....

MEMBRU,

.....